



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01567-2017-PA/TC
HUANCABELICA
AMI LIANE RÍOS ESCALANTE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de abril de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia con el abocamiento de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Ami Liane Ríos Escalante, contra la resolución de fojas 360, de fecha 2 de marzo de 2017, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de enero de 2016, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Banco de la Nación, solicitando que se deje sin efecto del despido arbitrario del cual ha sido objeto y que, en consecuencia, se disponga su reposición laboral en el cargo que venía desempeñado como “recibidor-pagador”. Refiere haber laborado de manera efectiva e ininterrumpida, en virtud de contratos de trabajo sujetos a modalidad, desde el 7 de noviembre de 2012 hasta el 31 de octubre de 2015, fecha en la cual se le despidió de manera verbal y sin expresión de causa alguna. Alega que laboró 2 años, 11 meses y 23 días, por lo que solamente podía ser despedida por falta grave o causa justificada, siendo que la decisión unilateral de la demandada de dar por extinguida la relación laboral vulnera su derecho a la protección frente al despido arbitrario.

La apoderada del Banco de la Nación propone la excepción de incompetencia por razón de la materia, y contesta la demanda señalando que la actora celebró contratos de trabajo sujetos a modalidad por incremento de su actividad operacional, que concluyó al vencimiento del plazo convenido, esto es, el 31 de octubre de 2015, por lo que no se ha producido el supuesto despido incausado, sino la conclusión del contrato de trabajo; agrega que no se ha configurado la desnaturalización de los contratos modales, por cuanto en ellos se estableció la causa objetiva de la contratación.

El Segundo Juzgado Especializado Civil de Huancavelica declara infundada la excepción propuesta y, con fecha 15 de agosto de 2016, declara fundada la demanda por considerar que, si bien la recurrente fue contratada bajo la modalidad de plazo determinado, se ha acreditado que las labores que desarrollaba eran de naturaleza



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01567-2017-PA/TC
HUANCAVELICA
AMI LIANE RÍOS ESCALANTE

permanente, de modo que, en virtud del principio de primacía de la realidad, su relación laboral era a plazo indeterminado, por lo que solo podía ser despedida por causa relacionada con su capacidad o conducta.

La Sala Superior revisora confirma la resolución que declaró infundada la excepción propuesta, revocó la sentencia apelada y declaró infundada la demanda considerando que no ha existido fraude en los contratos sujetos a modalidad celebrados entre las partes, dado que cumplen con los requisitos de validez previstos en el artículo 72 del Decreto Supremo 03-97-TR, esto es, que se han celebrado por escrito y se han expresado la causa objetiva que justifica la contratación, por lo que no existe despido incausado lesivo al derecho fundamental al trabajo, sino el cumplimiento del plazo pactado.

Mediante el recurso de agravio constitucional (folios 375 a 384), la recurrente alega que los contratos de trabajo sujetos a modalidad celebrados con la emplazada se han desnaturalizado y convertido en un contrato de trabajo a plazo indeterminado, por cuanto las labores que realizaba eran de naturaleza permanente (recibidor-pagador), aunado al hecho de que ingresó a laborar por concurso público y su contratación se extendió por dos años, once meses y veinticinco días.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La demandante solicita que se deje sin efecto del despido arbitrario del cual ha sido objeto y que, en consecuencia, se disponga su reposición laboral en el cargo que venía desempeñándose como "recibidor-pagador". En estricto, la controversia radica en determinar si los contratos de trabajo por incremento de actividad suscritos entre la actora y la empresa emplazada se desnaturalizaron y se convirtieron en contratos de trabajo de duración indeterminada, en cuyo caso la demandante solo podía ser despedida por causa relacionada con su conducta o capacidad laboral que lo justificara.

Análisis del caso concreto

Argumentos de la parte demandante

2. El demandante alega haber laborado de manera efectiva e ininterrumpida, en virtud de contratos de trabajo sujetos a modalidad, desde el 7 de noviembre de 2012 hasta el 31 de octubre de 2015, fecha en la cual se le despide de manera verbal y sin expresión de causa alguna, siendo que laboró 2 años, 11 meses y 23 días, por lo que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01567-2017-PA/TC
HUANCAVELICA
AMI LIANE RÍOS ESCALANTE

solamente podía ser despedida por falta grave o causa justificada.

Argumentos de la parte demandada

3. La apoderada de la entidad emplazada contesta la demanda señalando que la actora celebró contratos de trabajo sujetos a modalidad por incremento de su actividad operacional, que concluyó al vencimiento del plazo convenido, esto es, el 31 de octubre de 2015, por lo que no se ha producido el supuesto despido incausado sino la conclusión del contrato de trabajo; agrega que no se ha configurado la desnaturalización de los contratos modales, por cuanto en ellos se estableció la causa objetiva de la contratación.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

4. El artículo 22 de la Constitución establece lo siguiente “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; y el artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
5. El artículo 57 del Decreto Supremo 003-97-TR establece que “[e]l contrato temporal por inicio de una nueva actividad es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años. Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa”.
6. Asimismo, el artículo 72 del citado decreto supremo establece los requisitos formales de validez de los contratos modales. Así, determina que “[l]os contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral”.
7. En el presente caso, de los contratos de trabajo por incremento de actividad y sus respectivas prórrogas o adendas (folios 7 a 17 y 124 a 164), se aprecia que la demandante ha laborado como “recibidor-pagador” desde el 7 de noviembre de 2012 hasta el 31 de octubre de 2015.
8. Del tenor del contrato de trabajo por incremento de actividad primigenio se advierte que se ha cumplido no solo con precisar la modalidad contractual, sino también la causa objetiva de la contratación: “Actualmente en EL BANCO se ha registrado un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01567-2017-PA/TC
HUANCAVELICA
AMI LIANE RÍOS ESCALANTE

incremento en el volumen anual de sus operaciones, registrándose un aumento promedio de las operaciones en ventanilla de 6.3 % anual, incremento que ha originado que el ente rector del Banco el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - Corporación FONAFE, autorice mediante Acuerdo N° 009-201/015-FONAFE del 25.03.2014 que el Banco contrate personal para realizar funciones de Recibidores Pagadores, bajo la modalidad de contrato a plazo determinado por el incremento de su operaciones”, situación que en los sucesivos contratos de trabajo y sus prórrogas se ha reiterado.

9. Siendo ello así, al haber justificado la emplazada la utilización de la mencionada modalidad contractual en la existencia de una causa objetiva de carácter temporal, se ha cumplido con la obligación de explicitar en qué sentido el incremento de actividades se ha producido. Por ello, no se puede concluir que la empresa emplazada haya contratado a la recurrente utilizando inválidamente la modalidad contractual de incremento de actividad y, en consecuencia, que se haya desnaturalizado este tipo de contrato de trabajo modal y sus respectivas prórrogas.
10. Cabe resaltar que la modalidad de incremento de actividad permite la contratación temporal de personal para realizar labores que pueden corresponder al giro principal del negocio, pero para atender un incremento temporal de éstas. Además, específicamente, el artículo 57 del Decreto Supremo 003-97-TR, señala que el plazo máximo de contratación bajo esta modalidad es de tres años. Por ello, en el presente caso, el contrato de trabajo de la demandante no se desnaturalizó por las labores desempeñadas, más aún si tampoco superó el plazo máximo de contratación previsto para esta modalidad contractual.
11. Asimismo, cabe señalar que, conforme al artículo 16, inciso “c” del Decreto Supremo 003-97-TR, son causas de extinción de la relación laboral: la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad. En este caso, se puede afirmar que la conclusión del vínculo laboral obedece al libre albedrío de ambas partes, previamente pactado en un contrato de trabajo sujeto a plazo determinado. Siendo así, no tienen asidero las expresiones de la parte demandante en el sentido que habría sido despedida sin causa alguna.
12. Por lo expuesto, queda desvirtuada la alegación de la demandante, en cuanto a que la empresa emplazada haya incurrido en el supuesto de desnaturalización del contrato de trabajo, puesto que la trabajadora cesó al vencimiento del plazo previsto en su contrato de trabajo y no se ha acreditado la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en el referido decreto supremo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01567-2017-PA/TC
HUANCAVELICA
AMI LIANE RÍOS ESCALANTE

13. En consecuencia, al no acreditarse la violación de derecho constitucional alguno, la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

[Firmas manuscritas]
Ray Espinoza Jaldem

Lo que certifico:

[Firma manuscrita]
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01567-2017-PA/TC
HUANCAVELICA
AMI LIANE RÍOS ESCALANTE

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero me permito realizar las siguientes observaciones:

1. Considero importante resaltar que el Tribunal Constitucional, como le corresponde hacerlo, ha venido precisando, por medio de varios pronunciamientos, cuál es su competencia para conocer demandas de amparo. Es en ese contexto que se han dictado una serie de precedentes y criterios que interactúan entre sí, para otorgar una respuesta adecuada a cada situación.
2. La verificación de cada uno de estos elementos, como no podría ser de otra forma, responde a un análisis pormenorizado de cada caso y sus circunstancias. En esa línea, no parecería conveniente, como podría entenderse de la lectura del texto presentado por el ponente, prescindir del análisis respecto a la interacción entre los diversos precedentes y criterios que guardan relación con la presente controversia.
3. Al respecto, en el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), el Tribunal Constitucional ha señalado que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la procedencia de la demanda debe analizarse tanto desde una perspectiva objetiva como de una subjetiva. Así, desde la perspectiva objetiva debe atenderse a la estructura del proceso, correspondiendo verificar a si la regulación del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea). También a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, por lo que debe analizarse si en la vía ordinaria podrá resolverse debidamente el caso iusfundamental puesto a consideración (tutela idónea).
4. Por otra parte, y desde la *perspectiva subjetiva*, corresponde analizar si, por consideraciones de urgencia y de manera excepcional, es preferible admitir a trámite la demanda de amparo pese a existir una vía ordinaria regulada. Al respecto, es necesario evaluar si transitar la vía ordinaria pone en *grave riesgo* al derecho afectado, de tal modo que el agravio alegado puede tonarse irreparable (urgencia como amenaza de irreparabilidad). Asimismo, debe atenderse a si es necesaria una *tutela urgente*, apreciando para ello la relevancia del derecho involucrado o también a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).
5. Es en este sentido que considero que debió realizarse el respectivo análisis de procedencia de la demanda, tomando en cuenta los criterios establecidos, con carácter de precedente, en el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01567-2017-PA/TC
HUANCAVELICA
AMI LIANE RÍOS ESCALANTE

6. Deben entonces respetarse las pautas establecidas por este Tribunal al respecto, sin perjuicio de eventuales diferencias con las mismas. Y es que, tomando en cuenta los parámetros que deben caracterizar la labor de todo Tribunal Constitucional, no puede, por ejemplo, apoyarse la dación de un precedente para luego desnaturalizarlo o no aplicarlo, descalificando el cumplimiento de los pasos allí previstos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Espinosa Saldaña

Lo que certifico:


.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01567-2017-PA/TC

HUANCAVELICA

AMI LIANE RIOS ESCALANTE

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría.

A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye la reposición. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco Huatuco, el derecho al trabajo

debe ser entendido como *la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público*. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2º, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59º; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61º de la Constitución.

Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que “la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario”, se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

A mi criterio, cuando la Constitución utilizó el adjetivo *arbitrario*, englobó tanto al despido *nulo* como al *injustificado* de los que hablaba el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, de 12 de noviembre de 1991.

Esto es así porque, según el Diccionario de la Lengua Española, *arbitrario* es:

Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Indebidamente, la Ley 26513 —promulgada cuando ya se encontraba vigente la actual Constitución— pretendió equiparar el despido que la Constitución denominó *arbitrario* solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó *injustificado*.

Semejante operación normativa implicaba afirmar que el despido *nulo* no puede ser descrito como “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”, lo que es evidentemente inaceptable.

Más allá de su deficiente lógica, la Ley 26513 tuvo como consecuencia resucitar la reposición como medida de protección frente a un tipo de despido, entregándoles a los jueces poder para forzar la continuidad de una relación de trabajo.

Esta nueva clasificación —que se mantiene en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR— es inconstitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01567-2017-PA/TC
HUANCAVELICA
AMI LIANE RIOS ESCALANTE

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.

Al tiempo que extrajo la reposición de la existencia del amparo laboral, Llanos Huasco pretendió que se distinguiera entre el despido nulo, el incausado y el fraudulento. Así, si no convencía, al menos confundiría.

A mi criterio, la proscripción constitucional de la reposición incluye, ciertamente, a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término “estabilidad laboral”, con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición.

El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió, pues, a la promulgación de la Constitución el 29 de diciembre de 1993. No cambia las cosas que hayan transcurrido casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01567-2017-PA/TC
HUANCAVELICA
AMI LIANE RIOS ESCALANTE

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones.

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 establece una economía social de mercado, con una iniciativa privada libre y el papel subsidiario del Estado.

En ese contexto, la promoción del empleo requiere que la estabilidad laboral, entendida como el derecho del trabajador de permanecer en el empleo o conservarlo, sea relativa. Ello explica por qué la Constitución vigente suprimió la mención al “derecho de estabilidad en el trabajo”, como lo hacía la Constitución de 1979 en su artículo 48.

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la “*ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo¹.

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa².

Sin embargo, de la lectura conjunta de los artículos 2 (inciso 15), 22, 23 y 58 de la Constitución, puede concluirse que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo es el siguiente:

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (artículo 23).

¹ Sobre el debate del artículo 27 de la Constitución de 1993, puede consultarse: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.

² Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01567-2017-PA/TC
HUANCAVELICA
AMI LIANE RIOS ESCALANTE

4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).
5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

Entonces, el derecho al trabajo consiste en poder trabajar libremente, dentro de los límites legales; que ninguna relación laboral menoscabe los derechos constitucionales del trabajador; y la proscripción del trabajo forzado o no remunerado. Y en protección de ese derecho, en un régimen de economía social de mercado, toca al Estado promover el empleo y la educación para el trabajo.

Asimismo, el mandato constitucional es proteger adecuadamente al trabajador frente a un despido calificado como arbitrario (artículo 27), lo cual no necesariamente, según veremos, trae como consecuencia la reposición en el puesto laboral en todos los casos.

La tutela ante el despido en los tratados internacionales suscritos por el Perú

Ya que conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, es preciso recurrir a la legislación supranacional para entender cómo se concretiza la "*adecuada protección contra el despido arbitrario*" de la que habla el artículo 27 de la Constitución.

El artículo 10 del Convenio 158 de la OIT indica lo siguiente:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada [énfasis añadido].

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 7.d, señala:

[...] En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional [énfasis añadido].

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01567-2017-PA/TC
HUANCAVELICA
AMI LIANE RIOS ESCALANTE

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización³.

La protección restitutoria y resarcitoria frente al despido en la Constitución de 1993

El despido constituye una extinción de la relación laboral debido a una decisión unilateral del empleador. Este acabamiento genera desencuentros entre los integrantes de la relación laboral, a saber, trabajadores y empleadores, pues, para aquellos, los supuestos de despido son reducidos y están debidamente precisados en la normativa respectiva; mientras que para los empleadores, la dificultad legal para realizar un despido constituye una seria afectación al poder directivo y su capacidad de organizar el trabajo en función de sus objetivos.

Los despidos laborales injustificados tienen tutela jurídica, tal como lo reconocen los tratados internacionales en materia de derechos humanos que hemos citado, la que puede ser restitutoria o resarcitoria. La primera conlleva el reconocimiento de una estabilidad absoluta, en tanto que la resarcitoria implica la configuración de una estabilidad relativa.

En el caso peruano, dado que la protección al trabajador contra el despido es de configuración legal, resulta pertinente mencionar que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. L. 728), establece una tutela resarcitoria para los despidos incausados o injustificados, mientras que para los despidos nulos prescribe una protección restitutoria o resarcitoria a criterio del demandante.

Así, el D. L. 728, en su artículo 34, prescribe:

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. [...].

³ Este mismo criterio es seguido por Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 31 de agosto de 2017, caso Lagos del Campo vs. Perú (ver especialmente los puntos 149 y 151).

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01567-2017-PA/TC
HUANCAVELICA
AMI LIANE RIOS ESCALANTE

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, la citada ley laboral señala que el despido arbitrario (“*por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio*”) se resarce con la indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la “*adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.

Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convengo también con el citado artículo 34 del D. L. 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29 –afiliación a un sindicato, discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, embarazo, etc.–, tiene como consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente⁴.

En el caso de autos, la demanda de amparo pretende la reposición en el puesto de trabajo. Por las consideraciones expuestas, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

S.

FERRERO COSTA

⁴ Cfr., por ejemplo, STC 0666-2004-AA/TC.

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL